

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 036.031/2012-7.

Natureza: Pedido de reexame (Representação).

Recorrentes: Mendes Junior Trading e Engenharia SA (19.394.808/0017-96); ACJ Construções e Incorporações S/A (00.148.049/0001-96); Aguinaldo Lelis (066.813.011-34); Heberth Gualberto de Souza (099.277.781-04); Paulo Severo Fraga Rios (143.421.201-78).

Representação legal: Marcelo Luiz de Souza (OAB/GO 29.786) e outros, representando ACJ Construções e Incorporações S/A; Yuri Freitas Carvalho Machado Cunha (OAB/DF 38.457) e outros, representando Aguinaldo Lelis e Paulo Severo Fraga Rios; Shirlene da Silva Tavares (OAB/MG 125.126) e outros, representando Mendes Junior Trading e Engenharia S A; André Marques Cabral (OAB/DF 26.477), representando Heberth Gualberto de Souza.

SUMÁRIO: PEDIDOS DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DE BARRAGENS NA BACIA DO RIO PRETO/DF. FRAUDE À LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. INABILITAÇÃO DOS GESTORES PÚBLICOS PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. MULTA AOS GESTORES PÚBLICOS. UM PEDIDO DE REEXAME NÃO CONHECIDO E OS DEMAIS CONHECIDOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos por Mendes Junior Trading e Engenharia S.A., ACJ Construções e Incorporações S/A, Paulo Severo Fraga Rios, Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, respectivamente, empresas que participaram da licitação, membro da comissão especial de licitação, Secretário de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal (DF), à época, e presidente da comissão, por meio dos quais se insurgem contra o Acórdão 1.657/2017-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.

2. O presente relatório será composto pela instrução da Secretaria de Recursos (peça 340), endossada por seu diretor (peça 341), pelo despacho do titular da Secretaria, que divergiu quanto ao exame de prescrição da pretensão punitiva em relação às empresas, e pelo pronunciamento da Representante do Ministério Público junto ao TCU, Procuradora Geral Cristina Machado da Costa e Silva (peça 344), que se alinhou ao posicionamento do Secretário.

3. A seguir transcrevo, com os ajustes de forma pertinentes, a instrução da unidade técnica (peça 340):

1. Trata-se de pedidos de reexame interpostos por Mendes Junior Trading e Engenharia S/A (R001-peça 239), ACJ Construções e Incorporações S/A (R002-peça 244), Paulo Severo Fraga Rios (R003-peça 252), Aguinaldo Lélis (R004-peça 260) e Heberth Gualberto de Souza (R006-peça 301), respectivamente, empresas que participaram da licitação, membro da comissão especial de licitação, Secretário de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal (DF), à época, e presidente

da comissão, por meio dos quais se insurgem contra o Acórdão 1.657/2017-TCU-Plenário, rel. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, prolatado na sessão de julgamento do dia 2/8/2017-Ordinária e inserto na Ata 29/2017-Plenário (peça 211).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação autuada, por força do item 9.2 do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, para apurar a prática de fraude à licitação perpetrada pelas empresas Mendes Júnior e ACJ, em conluio com os gestores do Distrito Federal, no âmbito da Concorrência nº 1/2000 destinada à construção de barragens na bacia do Rio Preto com recursos federais aportados ao DF;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos legais e regimentais de admissibilidade, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. rejeitar as justificativas apresentadas pelos Srs. Aguinaldo Lélis, Heberth Gualberto de Souza e Paulo Severo Fraga Rios e pelas empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. e ACJ Construções e Incorporações S.A.;

9.3. aplicar, individualmente, aos Srs. Aguinaldo Lélis, Heberth Gualberto de Souza e Paulo Severo Fraga Rios a multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde já, com amparo no art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas, caso requerido, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações; e

9.6. considerar graves as infrações cometidas pelos Srs. Aguinaldo Lélis, Heberth Gualberto de Souza e Paulo Severo Fraga Rios, com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 270, § 1º, do RITCU;

9.7. inabilitar os Srs. Aguinaldo Lélis, Heberth Gualberto de Souza e Paulo Severo Fraga Rios para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública federal pelo período de 8 (oito) anos, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 270 do RITCU;

9.8. declarar a inidoneidade da Mendes Júnior Trading Engenharia S.A. e da ACJ Construções e Incorporações S.A. para participarem, pelo período de 6 (seis) meses, de licitação no âmbito da administração pública federal e no âmbito das administrações estaduais, distrital e municipais, mas com recursos federais, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992;

9.9. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, aos seguintes destinatários:

9.9.1. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, para a adoção da medida prevista no item 9.7 deste Acórdão;

9.9.2. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, para a inscrição das empresas indicadas no item 9.8 deste Acórdão junto ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, criado por meio da Portaria CGU nº 516, de 15 de março de 2010, e junto ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, de que trata o art. 22 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

9.9.3. Ministério da Integração Nacional, para ciência, e Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal/SAA-DF e Secretaria de Governo do Distrito Federal, para ciência e eventuais providências funcionais em desfavor de Aguinaldo Lélis, Heberth Gualberto de Souza e Paulo Severo Fraga Rios;

9.9.4. Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, ACJ Construções e Incorporações Ltda., Aguinaldo Lélis, Heberth Gualberto de Souza e Paulo Severo Fraga Rios, para ciência; e

9.9.5. Procuradoria da República no Distrito Federal, com fundamento no art. 1º, VIII, da Lei nº 8.443, de 1992, para a adoção ou a complementação das medidas judiciais cabíveis. (ênfases acrescidas)

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de representação autuada por força do item 9.2 do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, rel. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, para apurar a prática de fraude à licitação perpetrada pelas empresas Mendes Júnior e ACJ, ora recorrentes, em conluio com os gestores do Distrito Federal, no âmbito da Concorrência n. 1/2000-CEL/SAA-DF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal-SAA/GDF para a construção de barragens na Bacia do Rio Preto, financiada em boa parte com recursos federais provenientes do Convênio MI n. 257/2000 (Siafi 397.789), nos seguintes termos no que concerne ao presente recurso:

(...)

9.2. determinar à 4ª Secex que constitua processo apartado de representação, por cópia completa destes autos, com vistas à elucidação processual das seguintes questões:

9.2.1. participação das demais empresas mencionadas nos autos – Mendes Júnior e ACJ – em relação ao conluio para fraude comprovada a procedimento licitatório, no âmbito da Concorrência nº 01/2000-CEL/SAA-DF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal (GDF), para construção de barragens na Bacia do Rio Preto/DF, financiada em boa parte com recursos federais provenientes do Convênio MI nº 257/2000 (Siafi 397789), chamando ambas as empresas, em sede de oitiva, para, querendo, se manifestarem especificamente no que se refere à inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos”, em suas propostas orçamentárias, com descrição, quantitativos e preços unitários e total idênticos, para todas as quatro empresas licitantes, apesar de tal item não ter sido sequer incluído no orçamento base do órgão licitante;

9.2.2. provável participação de gestores do Distrito Federal na consumação das irregularidades tratadas nos autos, especialmente no que concerne às questões relacionadas à inclusão da cláusula de subcontratação no Edital, em contrariedade à Lei de Licitações e Contratos, bem assim à ausência de questionamento ou mesmo de impugnação, por parte da comissão de licitação, sobre a exata e estranha coincidência de quantitativos e preços unitários do item “equipamentos hidromecânicos de recalque”, fato esse que poderia ser facilmente detectado pelo exame da referida comissão como clara evidência de que havia conluio entre as empresas licitantes. (ênfases acrescidas)

2.1. As razões que motivaram a constituição de processo apartado de representação foram: a) inclusão do item ‘equipamentos hidromecânicos’ de forma absolutamente coincidente nas propostas apresentadas por todas as quatro licitantes, em decorrência de determinação expressa oriunda de dois comunicados expedidos pela comissão de licitação do SOF (n. 004-CEL/SAA-DF e 006-CEL/SAA-DF); e b) inclusão de cláusula de subcontratação no correspondente edital de concorrência, admitindo, assim, que uma mesma empresa pudesse elaborar, simultaneamente, as propostas orçamentárias de duas ou mais licitantes, constituindo afronta aos princípios da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos termos dos subitens 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário.

2.2. Assim, em cumprimento ao item 9.2 do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, a SecexPrevidência promoveu as oitivas das empresas ACJ e Mendes Junior, além da audiência dos

gestores do GDF responsáveis pela condução do aludido certame, tendo recebido, como resposta, os esclarecimentos consignados às peças 191-201.

2.3. Após a análise final do feito, a unidade técnica apontou para a parcial procedência da representação (peça 204), destacando, para tanto, que, no seu entender, não seria aplicável a inabilitação dos responsáveis, nem a inidoneidade das empresas, vez que já se teria operado a prescrição da pretensão punitiva do TCU, anotando, ainda, as seguintes ponderações (peça 214, p. 2):

a) a inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos” nas propostas orçamentárias das empresas – com descrição, quantitativos e preços unitários e total idênticos – teria sido provocada pelos gestores do DF, vez que, nesse caso específico, as 4 empresas licitantes teriam assumido essa conduta em obediência à determinação do órgão licitante expedida em dois comunicados oficiais, sob a pretensa finalidade de corrigir o edital originalmente publicado, considerando que o referido item de serviço seria indispensável para a execução das obras; e

b) teria havido ilegalidade na inclusão da cláusula de subcontratação no edital de concorrência, vez que esse dispositivo teria permitido que as licitantes acabassem por contratar a mesma empresa para a elaboração das suas propostas orçamentárias, violando, dessa maneira, o sigilo das propostas de preços apresentadas pelas empresas interessadas, além de desrespeitar, por conseguinte, os princípios fundamentais da Lei de Licitações e Contratos.

2.4. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) anuiu parcialmente à referida proposta da SecexPrevidência (peça 208), no sentido da procedência apenas parcial da representação, por vislumbrar que a falha pertinente à inclusão da cláusula de subcontratação, na forma ocorrida, não se revestiria de gravidade suficiente para ser reputada como ilegal, salientando, contudo, que, no seu entender, não caberia a aplicação de sanções aos gestores e às aludidas empresas, após a prolação do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, rel. Ministro Benjamin Zymler, com a uniformização sobre a prescrição da pretensão punitiva do TCU.

2.5. O Relator *a quo*, Exmo. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, divergiu da instrução da unidade técnica e do parecer do MPTCU, para asseverar que formou juízo de valor no sentido de considerar a existência de robustas e numerosas evidências do efetivo cometimento de fraude à licitação por parte dos gestores do GDF em conluio com as aludidas empresas licitantes, além de afastar a suposta prescrição da pretensão punitiva do TCU.

2.6. Defendeu no Voto (peça 214) que a violação do direito por meio de fraude à licitação se renovou, dia após dia, durante todo o tempo do contrato, no caso concreto, cessando apenas com a extinção do ajuste, propondo, então, a fixação do termo inicial para a contagem do prazo prescricional a partir do término do subsequente contrato.

2.7. O Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa proferiu Voto Revisor (peça 212) e apresentou seu posicionamento anuindo com a afirmação de que não teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, pontuando tão somente que o termo inicial para a contagem do prazo seria a data da vigência do atual Código Civil em 11/1/2003, em virtude da aplicação da regra intertemporal prevista no art. 2.028 do Código Civil, *in verbis*:

34. Como as ocorrências remontam à vigência do Código Civil anterior, que estabelecia a prescrição vintenária, cabe aplicar as disposições da regra intertemporal acima indicada. Assim, observa-se que até 11/01/2003, data da vigência do novo Código Civil, ainda não havia transcorrido metade do prazo prescricional vintenário até então fixado, incidindo, portanto, o prazo decenal do Código Civil de 2002, contado a partir da referida data de 11/01/2003.

2.8. Em complemento, o Relator *a quo* enriqueceu a discussão por meio de Voto Complementar (peça 213) e reafirmou seu posicionamento pelo afastamento do instituto da prescrição da pretensão punitiva do TCU, em sintonia com o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, e que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional foi o último dia de vigência do contrato ilicitamente celebrado, em decorrência de toda a fraude perpetrada desde a Concorrência n. 1/2000.

2.9. Após os debates institucionais, o Relator *a quo* propôs a aplicação de multas individuais aos

responsáveis previstas nos art. 58, incisos II e III da Lei 8.443/1992 (item 9.3 do Acórdão recorrido). Além de considerar graves as infrações cometidas pelos recorrentes (item 9.6), de inabilitá-los para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública federal pelo período de 8 (oito) anos, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992, e do art. 270 do RITCU (item 9.7) e de declarar a inidoneidade das empresas recorrentes para participarem, pelo período de 6 (seis) meses, de licitação no âmbito da administração pública federal e no âmbito das administrações estaduais, distrital e municipais, mas com recursos federais, nos termos do art. 46 da Lei n 8.443/1992 (item 9.8), no que foi acompanhado pelo Pleno desta Corte de Contas.

2.10. Inconformado, Heberth Gualberto de Souza opôs embargos de declaração (R005-peça 275), o qual foi conhecido e rejeitado, por meio do Acórdão 2.403/2017-TCU-Plenário, rel. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho (peça 278).

2.11. Irresignados com o julgamento, as empresas e os gestores interpuseram os presentes pedidos de reexame, que se fundamentam nas alterações que, adiante, passar-se-á a relatar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade efetuados por esta Secretaria (peças 262-265 e 303), ratificados pelo Exmo. Ministro Vital do Rêgo (peças 288 e 306), que concluíram pelo não conhecimento dos pedidos de reexame interpostos por Paulo Severo Fraga Rios e Heberth Gualberto de Souza, por restarem intempestivos e não apresentarem fatos novos, e pelo conhecimento dos demais pedidos de reexame, nos termos dos art. 32, I, e 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285, *caput* e §2º e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.3, 9.5, 9.6, 9.7 e 9.8 do Acórdão recorrido.

3.1. Heberth Gualberto de Souza interpôs agravo (R007-peça 311) solicitando a reconsideração da decisão do Relator *ad quem*, que não conheceu do pedido de reexame interposto por sua intempestividade (peça 306).

3.2. O Relator *ad quem*, Exmo. Ministro Vital do Rêgo, atendendo ao pedido do recorrente, reformulou o despacho acostado à peça 306, para conhecer do pedido de reexame interposto por Heberth Gualberto de Souza (R006-peça 301), com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) houve prescrição da pretensão punitiva;
- b) o gestor que homologa licitação apoiado em pareceres técnicos e jurídico não pode ser admoestado por esta Corte de Contas e o gestor, que participou como presidente da comissão de licitações, atuou de forma escorreta no âmbito de suas funções;
- c) ocorreu fraude a licitação.

5. Da prescrição da pretensão punitiva.

5.1. Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A coloca que os fatos apurados nos presentes autos se referem ao ano de 2000 e a instauração da presente representação ocorreu mais de 12 anos depois. Afirmar que a oitiva ocorreu mais de 13 anos após os fatos, tornando-se indevida a aplicação de qualquer penalidade quase 17 anos depois. Sustenta sua tese com base nos seguintes argumentos (peça 239, p. 3-14):

- a) objeta que o TCU deveria seguir a regra geral definida pela Lei 9.783/1999, cujo prazo prescricional é de 5 anos. Cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;
- b) alega que o suposto ato fraudulento seria único, qual seja a apresentação de proposta fraudulenta no ano 2000, tendo havido a prescrição em 2005;

c) defende que ainda que se considerasse a data da homologação do resultado, em 5/2/2001, ou a data em que o contrato foi anulado, em 27/9/2007, a oitiva somente foi determinada em 5/11/2013;

d) contesta a aplicação da teoria da “continuidade dos efeitos do ato” para definir o termo inicial de contagem do prazo prescricional;

e) pondera que ainda que seja considerado o termo inicial de 11/1/2003, proposto pelo Ministro-Revisor, não é cabível a interrupção da contagem prescricional na data da publicação do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, pois ele apenas determinou a constituição de processo de representação apartado. Defende que a prescrição só teria sido interrompida em 5/11/2013 com a determinação da oitiva, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil, o que ultrapassaria o prazo prescricional decenal.

5.2. ACJ Construções e Incorporações S/A defende que a tese para o início da contagem do prazo prescricional adotada pelo Ministro-Relator *a quo* não deve prevalecer, pois “não firmou o contrato administrativo oriundo da Concorrência nº 01/2000-CEL/SAA-DF e muito menos obteve qualquer vantagem decorrente deste instrumento”, alegando ainda que (peça 244, p. 20-26):

a) “não há que se falar em continuidade de qualquer conduta ou ato imputado à ACJ, até porque, conforme reiterado diversas vezes, a mesma não praticou qualquer irregularidade;

b) “não se pode tornar como início do prazo prescricional em relação à Recorrente/ACJ, a data de rescisão/anulação do Contrato Administrativo”;

c) a posição do Ministro-Revisor não deve prosperar, pois só houve determinação de sua citação em 5/11/2013, o que ultrapassaria o prazo prescricional decenal.

5.3. Aguinaldo Lélis relembra que a unidade técnica e o MPTCU “asseveraram que o marco inicial da prescrição é a data da homologação do certame (06/11/2000)”, o que, portanto, caracterizaria a prescrição (peça 260, p. 9-15).

5.4. Heberth Gualberto de Souza aduz que o “marco inicial para a contagem do prazo prescricional” deve ser considerado o dia da homologação do certame licitatório em “06 de outubro de 2000” (peça 301, p. 2-4).

Análise:

5.5. No que tange à alegação de que houve prescrição da pretensão de instauração da presente TCE, devido ao transcurso do prazo de mais de 5 anos entre os fatos ocorridos e o julgamento da presente representação, analisar-se-á a doutrina e a jurisprudência atual relativa ao instituto da prescrição.

5.6. Ressalte-se, inicialmente, que não se pode alegar a prescrição do dever constitucional desta Corte de Contas em julgar as contas dos administradores e demais responsáveis que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário, nos termos previstos no inciso II do art. 71 da Constituição Federal de 1988.

5.7. No caso concreto, o TCU está exercendo seu poder-dever constitucional de apurar as irregularidades que podem resultar em prejuízo ao Erário, com o julgamento das contas dos responsáveis e a eventual quantificação do débito, além da aplicação da multa e das punições quando necessário, as quais foram aplicadas por meio dos itens 9.3, 9.7 e 9.8 do Acórdão recorrido.

5.8. Deve-se, portanto, perscrutar, no que concerne à prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, as situações em que a garantia processual possa ser aplicada àquelas multas previstas nos art. 57 e 58 da Lei Orgânica, no caso concreto, a multa e as punições aplicadas por meio dos itens 9.3, 9.7 e 9.8 do Acórdão recorrido.

5.9. Relativamente às sanções previstas na Lei 8.443/1992, ressalta-se o posicionamento deste Tribunal. Nos autos de incidente de uniformização de jurisprudência (TC 030.926/2015-7), a prolação do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, assentou, em suma, que: (i) a pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil (10 anos) e é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade

sancionada; (ii) o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição; (iii) haverá suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa; (iv) a prescrição será aferida independentemente de alegação da parte; e (v) o entendimento do mencionado acórdão será aplicado de imediato aos processos novos e aos pendentes de decisão.

5.10. No que tange as empresas responsabilizadas, Mendes Júnior e ACJ, ora recorrentes, ainda que seja adotada a posição do Relator-Revisor, como bem ressaltou o Relator *a quo*, em seu Voto Complementar (peça 212, p. 5), com o afastamento da teoria da “continuidade dos efeitos do ato”, o prazo prescricional do ato administrativo iniciou-se em 11/1/2003, por força do art. 2.028 do Código Civil, ocorrendo a interrupção da prescrição em 5/9/2012, com a prolação do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, rel. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, por meio da qual foi determinada a oitiva das empresas (subitem 9.2.1):

(...)

9.2. determinar à 4ª Secex que constitua processo apartado de representação, por cópia completa destes autos, com vistas à elucidação processual das seguintes questões:

9.2.1. participação das demais empresas mencionadas nos autos – Mendes Júnior e ACJ – em relação ao conluio para fraude comprovada a procedimento licitatório, no âmbito da Concorrência nº 01/2000-CEL/SAA-DF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal (GDF), para construção de barragens na Bacia do Rio Preto/DF, financiada em boa parte com recursos federais provenientes do Convênio MI nº 257/2000 (Siafi 397789), chamando ambas as empresas, em sede de oitiva, para, querendo, se manifestarem especificamente no que se refere à inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos”, em suas propostas orçamentárias, com descrição, quantitativos e preços unitários e total idênticos, para todas as quatro empresas licitantes, apesar de tal item não ter sido sequer incluído no orçamento base do órgão licitante; (ênfases acrescidas)

5.11. Assim, em cumprimento ao item 9.2 do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, a SecexPrevidência promoveu as oitivas das empresas ACJ e Mendes Junior, tendo recebido, como resposta, os esclarecimentos consignados às peças 191 a 201.

5.12. Em suma, em relação às empresas responsabilizadas, iniciado o transcurso do prazo prescricional decenal em 11/1/2003, observa-se a interrupção da prescrição em 5/9/2012, com a prolação do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, conforme regra estipulada no art. 202, inciso I, do Código Civil. Por sua vez, o Acórdão recorrido foi proferido em 2/8/2017 sendo assim não foi ultrapassado o prazo prescricional decenal nos moldes do Código Civil.

5.13. Situação processual diversa daquela verificada em relação aos gestores do Distrito Federal, uma vez que o referido Acórdão não determinou a oitiva dos gestores, mas tão somente a apuração dos fatos e a identificação dos responsáveis, nos termos do subitem 9.2.2. do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, *in verbis*:

9.2.2. provável participação de gestores do Distrito Federal na consumação das irregularidades tratadas nos autos, especialmente no que concerne às questões relacionadas à inclusão da cláusula de subcontratação no Edital, em contrariedade à Lei de Licitações e Contratos, bem assim à ausência de questionamento ou mesmo de impugnação, por parte da comissão de licitação, sobre a exata e estranha coincidência de quantitativos e preços unitários do item “equipamentos hidromecânicos de recalque”, fato esse que poderia ser facilmente detectado pelo exame da referida comissão como clara evidência de que havia conluio entre as empresas licitantes. (ênfases acrescidas)

5.14. A oitiva destes responsáveis só foi determinada em 15/4/2014 (Peça 84), perfazendo um interstício superior ao lapso decenal aludido, o que enseja a anulação das multas individuais e das punições aplicadas aos gestores do Distrito Federal constantes dos itens 9.3 e 9.7 do Acórdão recorrido e anulação dos itens 9.4 e 9.5 por consectário lógico, o que se estende a Paulo Severo Fraga Rios, cujo recurso não foi conhecido, por se tratarem de circunstâncias objetivas, com fulcro no art. 281 do RI/TCU.

6. Da atuação dos membros da comissão de licitação.

6.1. Aguinaldo Lélis jamais praticou ou concorreu para a efetivação das irregularidades ora apuradas. Sustenta sua tese com base nos seguintes argumentos (peça 260, p. 15-23):

a) requer “seja reconhecida a inocorrência de qualquer ato ilícito na realização do referido certame e, por conseguinte, na isenção de responsabilidade do recorrente, especialmente porque já reconhecida a absoluta ausência de responsabilidade do Sr. Aguinaldo Lelis no bojo do TC 020.477/2007-2, Acórdão no 7.778/2015 de lavra desta eminente relatoria”;

b) defende que os certames foram conduzidos pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal de forma escorreta. Informa que foi criada nesta pasta a Comissão Especial de Licitação Multidisciplinar, tendo sido devidamente “instruído pelas instâncias técnica e administrativa da Secretaria (peça nº 107 - pág. 71 e seguintes) e, posteriormente, ainda avaliado pela área jurídica e auditado inúmeras vezes pelos mais variados órgãos de controle, sendo certo que, em momento algum, questionou-se quaisquer irregularidades”;

c) alega que era “humanamente impossível ao recorrente, assim como o é para qualquer ocupante de cargo de gestão ampla - tais como a de Secretários de Estado -, rever e avaliar todos os atos praticados dentro de sua pasta”;

d) cita como precedente o Acórdão 7.778/2015-TCU-2ª Câmara, rel Ministro-substituto André Luis de Carvalho, por meio do qual o Colegiado afastou sua responsabilidade, com fundamento na ponderação de que “não se poderia exigir do Secretário da Pasta, ora recorrente, o minucioso conhecimento de todo o trâmite da licitação, tampouco da execução do contrato”, julgando regulares com ressalvas as suas contas naquele processo;

e) informa que “o edital da licitação objeto desta representação era uma cópia *ipsis litteris* de edital amplamente utilizado pela empresa pública CODEVASF (Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba), que já tinha sido auditado por diversos órgãos de controle da esfera federal”.

6.2. Heberth Gualberto de Souza alega que “todas as atividades desempenhadas no âmbito da comissão de licitação sempre foram pautadas com a máxima lisura e observância aos preceitos legais, inclusive quando enviou os Comunicados n. 004-CEL/SAA-DF e n. 006-CEL/SAA-DF a todas as empresas que participavam do certame” (peça 301, p. 4-7), acrescenta que:

a) os comunicados foram enviados “visando dar continuidade ao processo licitatório já instaurado” e que a “inclusão tardia do item ‘equipamentos hidromecânicos’ na planilha orçamentária se deu em virtude do lançamento de edital de forma incompleta”. Informação que só “foi repassada para a comissão de licitação pelo responsável pela elaboração do projeto básico depois que o edital e seus anexos já haviam sido disponibilizados para as empresas interessadas em participar da concorrência”;

b) alega que a inclusão da cláusula de subcontratação no edital de concorrência passou, inclusive, pela análise jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Análise:

6.3. Cabe lembrar, inicialmente, que os recorrentes, Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, respectivamente, Secretário de Agricultura e Abastecimento do DF, à época, e presidente da comissão especial de licitação, foram admoestados por esta Corte de Contas com a aplicação da multa prevista no art. 58, incisos II e III, da LOTCU, pela inclusão da cláusula de subcontratação no Edital, em contrariedade à Lei de Licitações e Contratos, bem assim em razão da ausência de questionamento ou mesmo de impugnação, por parte da comissão de licitação, sobre a exata e estranha coincidência de quantitativos e preços unitários do item ‘equipamentos hidromecânicos de recalque’, fato esse que poderia ser facilmente detectado pelo exame da referida comissão como clara evidência de que havia conluio entre as empresas licitantes (subitem 9.2.2 do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário).

6.4. Portanto, a aplicação da multa alicerçou-se, principalmente, na frustração aos princípios fundamentais do processo licitatório insculpidos no art. 37, da Constituição Federal e na Lei de Licitações e Contratos, ante as graves irregularidades que macularam o certame.

6.5. Os recorrentes arguem que não podem ser responsabilizados por esta Corte de Contas, pois agiram com suporte em pareceres jurídicos e técnicos.

6.6. Este Tribunal possui entendimento firmado (Acórdãos 723/2005, rel. Ministro Ubiratan Aguiar, 1.736/2010, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, 277/2014, rel. Ministro Raimundo Carreiro, 2.871/2014, rel. Ministro José Jorge, 1.001/2015, rel. Ministro Benjamin Zymler, todos do Plenário, 6.414/2018, rel. Ministro Weder de Oliveira, 1ª Câmara, e 7.312/2013, rel. Ministro Aroldo Cedraz, 2ª Câmara, todos do TCU) no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastado neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao Erário. O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e a oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a procedimentos licitatórios, que vão gerar pagamentos.

6.7. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo destes documentos. Assim, a existência de parecer não exime o gestor de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, *ex vi* do art. 70, *caput*, e 71, inciso II, da Constituição Federal.

6.8. Em relação à responsabilidade da autoridade competente, responsável pela homologação e adjudicação, relativamente às irregularidades ocorridas em procedimentos licitatórios, e pela assinatura de contratos efetivados sem o respeito aos procedimentos legais. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas” (*in*. Curso de Direito Administrativo, 20ª ed., pág. 569).

6.9. Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que quanto ao conteúdo, dentre os atos administrativos em espécie, encontra-se o de aprovação, que a autora considera como um dos atos de controle, lecionando que este “é ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle *a priori* ou *a posteriori* do ato administrativo”, “no controle *a posteriori* equivale a seu referendo (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 1979:554)” (*in*. Direito Administrativo, 20ª, pág. 214).

6.10. Também a respeito, leciona Marçal Justen Filho que “a homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação” (*in*. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., pág. 426).

6.11. Vê-se, então, que a homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pelas esferas subordinadas. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados.

6.12. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização.

6.13. Ao discutir a tese de responsabilização da autoridade competente pela homologação em processo licitatório, assinalou o Relator do TC 006.595/2007-6, Ministro José Jorge (Acórdão 1.457/2010-TCU-Plenário):

Dessa forma cabia ao requerente, como autoridade competente para a homologação do certame, examinar se os atos praticados no âmbito do processo licitatório o foram em conformidade com

a lei e as regras estabelecidas no edital. Em se verificando a ocorrência de irregularidades, deveria ter adotado as medidas cabíveis para o seu saneamento.

6.14. A mesma tese foi consagrada quando da apreciação de recurso de reconsideração interposto nos autos do TC 008.551/2003-8 (Acórdão 1.685/2007-TCU-2ª Câmara), rel. Ministro Benjamin Zmyler, oportunidade em que a respectiva ementa elaborada pelo Relator e acolhida pelo Colegiado expressou a seguinte tese:

O agente público responsável pela homologação do procedimento licitatório confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação, proclama sua conveniência e exaure a competência discricionária sobre o tema. Assim, ao anuir aos pareceres, este também se responsabiliza, visto que a ele cabe argüir qualquer falha na condução do procedimento.

6.15. Da referida omissão, negligência ou imperícia do dever de fiscalizar resultou a aprovação de processo de licitação cujo edital continha cláusula potencialmente restritiva da competitividade, contrariando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, oportunizando que as licitantes acabassem por contratar a mesma empresa para a elaboração das suas propostas orçamentárias, violando, dessa maneira, o sigilo das propostas de preços apresentadas pelas empresas interessadas.

6.16. De igual sorte, os gestores provocaram a inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos” nas propostas orçamentárias das empresas, sob a pretensa finalidade de corrigir o edital originalmente publicado, e receberam propostas com descrição, quantitativos e preços unitários e totais idênticos pelas empresas licitantes.

6.17. Note-se, ainda, que não se está avaliando, por meio do Acórdão recorrido, toda a carreira dos servidores públicos, nem se eles acumulavam ou não outras funções, situação administrativa que, se fosse impeditiva ao bom desempenho de seus trabalhos, não deveria ter sido aceita por eles.

6.18. Destarte, no âmbito desta Corte a regra geral é a responsabilização da autoridade competente pelos vícios ocorridos pelos atos administrativos que aprova. Tal responsabilidade somente poderia ser afastada caso as irregularidades decorressem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis no âmbito da análise procedida pela autoridade encarregada da aprovação.

6.19. No caso concreto, entretanto, os vícios não podem ser considerados como “ocultos”, sobressaindo, ainda, que a correção partiu da administração e não poderia ser considerada como um item do orçamento imperceptível, mas, por ser oriunda de alteração do edital original, deveria ter sido rigorosamente avaliada pela comissão de licitação e pelo secretário da pasta, o que de fato não ocorreu, dada a apresentação de propostas idênticas pelos licitantes.

6.20. Conclui-se, deste modo, que os recorrentes praticaram, no legítimo exercício de seu cargo público, atos administrativos no âmbito do certame que violaram os princípios da impessoalidade e da isonomia, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, bem como no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

7. Da fraude a licitação.

7.1. Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A defende que “há robusto arcabouço de provas e conclusões de que não houve qualquer conluio ou fraude à Concorrência Pública nº 01/2000”, com fundamento nos seguintes argumentos (peça 239, p. 14-20):

a) alterca que “incumbia às empresas participantes da licitação somente o cumprimento das regras postas pelo ente licitante, porquanto em nenhum momento foi deflagrada qualquer conduta ilícita” e que apenas atendeu ao Comunicado n. 004-CEL/SAA/DF;

b) compreende ser “evidente a ausência de participação da ora Recorrente em qualquer ajuste ou conluio para fraudar o certame”;

c) informa que “houve manifesta divergência em várias especificações técnicas dos equipamentos hidromecânicos de recalque” e destaca que os itens 3.3.1, 3.3.2, 3.3.5, 3.3.9 e 3.3.12, são “idênticos nas outras três propostas e diferentes na proposta da ora Recorrente”;

d) objetiva que o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 “não disciplina nenhuma conduta dos participantes da licitação, mas sim, e estritamente, a atuação dos agentes públicos”. Coloca que o §1º elenca vedações expressas aos agentes públicos em sua “atuação intramuros”;

e) alega que não incumbiria ao recorrente o “exercício do papel de fiscal do ato administrativo”;

f) registra que a posição do MPTCU foi neste sentido.

7.2. ACJ Construções e Incorporações S/A reafirma que o MPTCU e a unidade técnica manifestaram-se “pela inconsistência de indícios de irregularidades atribuídas à ACJ”, alega ainda que (peça 244, p. 10-20):

a) o Governo do Distrito Federal, por meio da Secretaria de Agricultura e Abastecimento, ordenou que fosse considerado no orçamento de cada licitante o item “Equipamentos Hidromecânicos de Recalque” “(enviando inclusive uma planilha - para ser obedecida - com todos os subitens e os preços - unitários e global - e especificações de fornecimentos)”, por meio dos Comunicados 004 e 006-CEL/SAA-DF;

b) “segundo a melhor doutrina pátria, todos os atos administrativos são presumidos verdadeiros e legais até que se prove o contrário”, não cabendo a recorrente descumprir as exigências, muito menos questionar a sua validade/legalidade.

Análise:

7.3. Os recorrentes alegam que seguiram os ditames da comissão de licitação, note-se, entretanto, que o princípio da legalidade inerente aos atos administrativos não é absoluto, pois muitas vezes os operadores do direito, no caso concreto os gestores do Distrito Federal, ao se afastarem da lei, emitem atos administrativos eminentemente ilegais e inválidos, com os quais as pessoas envolvidas, sejam pessoas de direito privado ou público, no caso vertente os recorrentes, não podem anuir, sob pena de responsabilização.

7.4. Insta ressaltar que o ato administrativo inquinado não se trata de simples correção de item faltante no edital originário, mas determinação dos gestores do DF para a inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos” nas propostas orçamentárias das empresas licitantes, com a descrição, os quantitativos e os preços, unitários e totais, idênticos, o que caracterizou o ajustamento prévio entre os gestores do DF e as empresas licitantes, para que as suas propostas de preços fossem submetidas ao indevido balizamento de valor.

7.5. Sobressai nesta TCE, o fato inconteste de que as empresas, ora recorrentes, deveriam ter se insurgido contra a prévia fixação dos preços em suas propostas de preços, pois que a determinação afrontava a lei.

7.6. Cabe rememorar que outras evidências do conluio entre as partes foram apontadas no âmbito do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, por meio do qual foi declarada a inidoneidade das empresas Gautama Ltda., Artec Ltda. e Fahma Planejamento e Engenharia Agrícola Ltda., nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, tais como: (i) subcontratação de uma mesma empresa para elaborar os orçamentos da Gautama e Artec, de um lado, e da Mendes Júnior e ACJ, do outro lado; (ii) inclusão dessa cláusula de subcontratação, sem respaldo legal, por parte dos gestores do DF; e (iii) inegáveis e numerosas coincidências dos mesmos erros de grafia nas propostas de preços apresentadas pelas empresas Gautama e Artec.

7.7. Diversamente do que sustenta a defesa da empresa Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, verifica-se, de fato, nas planilhas constantes das propostas das empresas Gautama (peça 12, p. 32-33), Artec (peça 13, p. 23-24), ACJ (peça 14, p. 4) e Mendes Junior (peça 14, p. 57-58), a inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos de Recalque” (item 3.3. ou 5.3. conforme a planilha) com subitens idênticos, até mesmo, nas suas descrições, quantidades, preços unitários e valor total, o qual totaliza, em todas as propostas, o valor de R\$ 3.273.528,00 (peça 48, p. 3).

7.8. Ademais, sobressaiu naquela apuração o fato de que as diferenças de preços das propostas apresentadas por todas as quatro licitantes foram irrisórias, sendo que todas as propostas se situaram na casa dos 99% sobre o valor do orçamento base do órgão licitante (Artec com 99,89%;

ACJ com 99,82%; Mendes Júnios com 99,74% e Gautama com 99,03%), conquanto a atratividade econômica do empreendimento, cujo valor girava na casa de R\$ 146 milhões, sugeriria a obtenção de um razoável desconto sobre o preço total da planilha base da licitação, o que não ocorreu no caso em tela (peça 48, p. 1).

7.9. Observa-se ainda que as primeiras apurações foram realizadas em Levantamento de Auditoria decorrente do Acórdão 1.287/2007-TCU-Plenário (TC 015.473/2007-2), rel. Ministro Aroldo Cedraz, no qual restou determinada as realizações de controle com vistas a verificar a existência de fraudes em licitações, bem como outras irregularidades na execução de obras envolvendo a Construtora Gautama Ltda.

7.10. Na Representação formulada pelo Exmo. Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o *Parquet* especializado sustentou a existência de contundentes provas contra a empresa Gautama Ltda., obtidas pela Polícia Federal na denominada “Operação Navalha” (Inquérito n. 544-BA), a justificar a aplicação do art. 46 da Lei 8.443/1992 (peça 1).

7.11. Conclui-se, deste modo, que as recorrentes concorreram para o cerceamento da competitividade da Concorrência n. 1/2000-CEL/SAA-DF, por meio de fraude à licitação.

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) em relação às empresas responsabilizadas, iniciado o transcurso do prazo prescricional decenal em 11/1/2003, observa-se a interrupção da prescrição em 5/9/2012, com a prolação do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, conforme regra estipulada no art. 202, inciso I, do Código Civil. Por sua vez, o Acórdão recorrido foi proferido em 2/8/2017 sendo assim não foi ultrapassado o prazo prescricional decenal nos moldes do Código Civil.

A oitiva dos gestores do DF, por sua vez, só foi determinada em 15/4/2014 (Peça 84), perfazendo um interstício superior ao lapso decenal prescricional a ser observado por esta Corte de Contas, o que enseja a anulação das multas individuais e das punições aplicadas aos gestores do Distrito Federal constantes dos itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.7 do Acórdão recorrido;

b) os recorrentes praticaram, no legítimo exercício de seu cargo público, atos administrativos no âmbito do certame que violaram os princípios da impessoalidade e da isonomia, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, bem como no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993;

c) as evidências encontradas na presente representação permitem afirmar que houve fraude à licitação, com comprovado envolvimento das empresas recorrentes.

8.1. Ante o exposto, propõe-se prover parcialmente os pedidos de reexame interpostos por Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, para alterar parcialmente o Acórdão 1.657/2017, mantido pelo Acórdão 2.403/2017, ambos do Plenário do TCU, tornando insubsistentes os itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.7 do Acórdão recorrido, o que se estende a Paulo Severo Fraga Rios, cujo recurso não foi conhecido, por se tratarem de circunstâncias objetivas, com fulcro no art. 281 do RI/TCU. Propõe-se, ainda, a negativa de provimento aos pedidos de reexame interpostos pelas empresas envolvidas, mantendo-se inalterado o restante do *decisum*.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos art. 32, I, e 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285, *caput* e §2º e 286, parágrafo único, do RI/TCU:

a) não conhecer do pedido de reexame interposto por Paulo Severo Fraga Rios (CPF 143.421.201-78), por restar intempestivo e não apresentar fatos novos;

b) conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Aguinaldo Lélis (CPF 066.813.011-34) e Heberth Gualberto de Souza (CPF 099.277.781-04) e, no mérito, dar-lhes provimento parcial, tonando insubsistentes os itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.7 do Acórdão recorrido, o que se estende a Paulo

Severo Fraga Rios, cujo recurso não foi conhecido, por se tratarem de circunstâncias objetivas, com fulcro no art. 281 do RI/TCU;

c) conhecer dos pedidos de reexame interpostos por ACJ Construções e Incorporações S/A (CNPJ 00.148.049/0001-96) e Mendes Junior Trading e Engenharia S/A (CNPJ 19.394.808/0017-96) e, no mérito, negar-lhes provimento;

d) dar conhecimento às entidades/órgãos interessados, à Procuradoria da República no Distrito Federal e aos recorrentes, ressaltando-se que o Relatório e o Voto que o fundamentarem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.

4. Na sequência, transcrevo o pronunciamento do titular da unidade técnica (peça 342):

A despeito de concordar com grande parte da análise e proposta contida na instrução de mérito ratificada pela subunidade, divirjo quanto ao exame da prescrição da pretensão punitiva em relação às empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A e ACJ Construções e Incorporações S/A.

2. O auditor entende que a interrupção da prescrição ocorreu com a prolação do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário (TC-015.601/2009-0), relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, momento pelo qual foi determinada a oitiva das empresas, nos termos do item 9.2.1 da deliberação:

9.2. determinar à 4ª Secex que constitua processo apartado de representação, por cópia completa destes autos, **com vistas à elucidação processual das seguintes questões**:

9.2.1. participação das demais empresas mencionadas nos autos – Mendes Júnior e ACJ – em relação ao conluio para fraude comprovada a procedimento licitatório, no âmbito da Concorrência nº 01/2000-CEL/SAA-DF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal (GDF), para construção de barragens na Bacia do Rio Preto/DF, financiada em boa parte com recursos federais provenientes do Convênio MI nº 257/2000 (Siafi 397789), **chamando ambas as empresas, em sede de oitiva, para, querendo, se manifestarem especificamente no que se refere à inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos”, em suas propostas orçamentárias, com descrição, quantitativos e preços unitários e total idênticos, para todas as quatro empresas licitantes, apesar de tal item não ter sido sequer incluído no orçamento base do órgão licitante; (grifos acrescidos)**

3. Com as devidas vênias, creio que essa deliberação não pode, no caso concreto, ser considerada para fins de interrupção da prescrição, por acreditar que houve ofensa, em última instância, o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Explica-se.

4. É que a Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social não deu cumprimento, de imediato, ao Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário, proferido em 5/9/2012. Primeiramente, não obstante a determinação para a realização de oitiva (item 9.2.1 do acórdão), o auditor-instrutor da Secretaria submeteu, em 28/2/2013, “os autos à consideração superior, propondo o arquivamento do presente processo, considerando a ocorrência de prescrição dos ilícitos para cuja apuração o processo foi constituído, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal, c/c art. 90 da Lei 8.666/1993, c/c art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (analogia)” (peça 48, p. 11).

5. Por sua vez, o diretor da Secretaria divergiu do entendimento do auditor quanto ao exame da prescrição e submeteu os autos à consideração superior, propondo, preliminarmente, que fosse promovida a oitiva das empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A e ACJ - Construções e Incorporações Ltda. (peça 49, p. 2).

6. Em 21/10/2013, o Secretário manifestou sua concordância com o diretor e submeteu os autos ao Exmo. Ministro André Luís de Carvalho (peça 50), que expediu, **em 5/11/2013**, o seguinte despacho:

DESPACHO

Considerando que, no presente caso, a arguição de prescrição constitui meio de defesa em benefício do devedor ou do condenado, e não da administração pública;

Considerando que o TCU, até o presente momento, ainda não firmou posicionamento conclusivo sobre a possibilidade de prescrição, ou não, das ações punitivas contra ilícitos de natureza administrativa;

Considerando que, após o efetivo exame das respostas às oitivas das empresas interessadas, pode a unidade técnica discorrer, preliminarmente, sobre a suposta prescrição ora suscitada, sem deixar de se manifestar, também, sobre as questões de mérito;

Considerando, enfim, que não cabe à unidade técnica decidir se deve, ou não, promover as oitivas, audiências ou citações determinadas pelo Relator ou pelo TCU;

Determino a restituição dos autos à SecexPrevidência, **a fim de que sejam realizadas as oitivas nos exatos termos determinados pelo item 9.2 do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário**, manifestando-se conclusivamente, em seguida, sobre o presente feito.

7. Sendo assim, somente em 8/11/2013 – mais de um ano após o proferimento do acórdão – é que foram, de fato, realizadas as oitivas das empresas ACJ Construções e Incorporações S/A e Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A (peças 52 e 53, respectivamente).

8. Desse modo, a questão central consiste em saber se a interrupção do prazo prescricional se deu em **5/9/2012**, quando da prolação do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário (conforme análise empreendida no âmbito da diretoria) ou em **8/11/2013**, com as efetivas oitivas das empresas. Caso entenda-se que a interrupção ocorreu naquele *decisum*, chega-se à conclusão de que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva. Por outro lado, se entendermos que a interrupção somente se efetivou quando das oitivas das empresas, realizadas por meio dos Ofícios 1055 e 1056/2013, deve-se reconhecer a prescrição. Pois bem.

9. Sabe-se que a pretensão punitiva do TCU se subordina ao prazo decenal geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) e que o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição, nos termos do art. 202, inciso I, da Lei 10.406/2002 (Código Civil). Esse é o entendimento consagrado no paradigmático Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, redator Ministro Walton Alencar Rodrigues, proferido em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

10. Acontece que o art. 202, *caput* e inciso I, do Código Civil estatui que “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual” (grifos acrescidos).

11. Por sua vez, o art. 219 da Lei 5.869/1973, Código de Processo Civil vigente à época do referido acórdão e da realização da oitiva, estabelecia o seguinte em relação à interrupção da prescrição:

Art. 219. **A citação válida** torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e **interrompe a prescrição**.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, **não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário**.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

§ 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

12. Como se vê, além de o antigo CPC fixar o prazo de 10 dias, prorrogáveis por 90 dias, para que **a parte (autora)** promovesse a citação, havia a possibilidade de prorrogação do “prazo até o máximo de 90 (noventa) dias”.

13. De modo diverso ao que ocorre no âmbito judiciário, é o próprio Tribunal de Contas que **ordena** a citação e a **promove**, além de realizar os procedimentos operacionais para materializá-la. No judiciário, a inércia do autor pode ensejar a prescrição, incidindo sobre ele as consequências. No âmbito do controle externo, este Tribunal é quem fica impossibilitado de exigir o seu direito (no caso, a cobrança da multa) em função do não agir no devido tempo.

14. No caso em exame, poderia haver dúvida quanto ao prazo que deveria ser considerado como apropriado para a realização da oitiva, visto que não existe regra específica na processualística deste Tribunal. Independentemente de juízo de valor quanto à adequação de se aplicar, por analogia, os prazos do CPC, a demora em mais de um ano observada nestes autos, que decorreram unicamente do TCU, extrapola o período que poderia ser considerado como razoável para a efetivação dos procedimentos da comunicação. Como consequência desse atraso, que não foi ocasionado por ação do interessado, o que ocorreu, na prática, foi a abertura de contraditório após o fim do prazo prescricional.

15. Haja vista, então, que, entre a determinação contida no Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário (5/9/2012) e a efetiva oitiva das empresas (8/11/2013) transcorreu mais de um ano, penso que o referido *decisum* não pode ser considerado para fins da interrupção da prescrição.

16. Enfim, considerando que o transcurso do prazo prescricional decenal teve início em 11/1/2003, nos termos propostos pelo auditor-instrutor (peça 340, p. 7, itens 5.9 e 5.10), entendo que também se consumou a prescrição da pretensão punitiva em relação às empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A e ACJ Construções e Incorporações S/A.

5. Por fim, reproduzo a manifestação do MPTCU (peça 344):

Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos pelos Senhores Paulo Severo Fraga Rios, Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, respectivamente membro da comissão especial de licitação, Secretário de Agricultura e Abastecimento do Distrito Federal (DF), à época, e presidente da comissão, e pelas empresas Mendes Junior Trading e Engenharia S/A e ACJ Construções e Incorporações S/A, contra os termos do Acórdão n.º 1.657/2017 – Plenário, por meio do qual o Tribunal aplicou penalidades de multa e inabilitação aos gestores e sanção de inidoneidade para participarem de licitações às empresas recorrentes, em razão da constatação de fraude à Concorrência n.º 1/2000, lançada para a construção de barragens na bacia do Rio Preto com recursos federais aportados ao DF, a partir das seguintes irregularidades: i) inclusão do item “equipamentos hidromecânicos” de forma absolutamente coincidente nas propostas apresentadas por todas as quatro licitantes, em decorrência de determinação veiculada por dois comunicados expedidos pela comissão de licitação do GDF; e ii) inclusão de cláusula de subcontratação no correspondente edital de concorrência, admitindo, assim, que uma mesma empresa pudesse elaborar, simultaneamente, as propostas orçamentárias de duas ou mais licitantes.

2. O exame empreendido pela Secretaria de Recursos (Peças 340 a 342) resultou em proposta de não conhecer do recurso apresentado pelo Senhor Paulo Severo Fraga Rios em virtude de sua intempestividade; conhecer e prover parcialmente os recursos interpostos pelos Senhores Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, para tornar insubsistentes as penalidades de multa e inabilitação que lhes foram aplicadas, o que se estenderia ao Senhor Paulo Severo Fraga Rios, em razão de circunstâncias objetivas (prescrição da pretensão punitiva).

3. No que toca aos pedidos de reexame interpostos pelas empresas, observa-se a existência de encaminhamentos divergentes no âmbito da Unidade Técnica. O Auditor Federal de Controle Externo e o Diretor propõem negar provimento aos apelos (Peças 340 e 341). O Secretário da Serur, por sua vez, sustenta que também ocorreu a prescrição da pretensão punitiva em relação às empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A e ACJ Construções e Incorporações S/A (Peça 342), o que acarretaria o provimento dos seus recursos, para afastar as sanções de inidoneidade aplicadas.

4. Cabe-nos, desde logo, reafirmar nossa posição quanto à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva com relação tanto aos gestores quanto às empresas envolvidas.

5. Em nossa manifestação datada de 14/9/2015 (Peça 131), anteriormente à uniformização das decisões do Tribunal sobre o tema da prescrição punitiva, já havíamos sugerido a aplicação ao presente caso da prescrição decenal. Alertamos naquela oportunidade que os fatos remontavam ao ano de 2000, quando foi lançado o edital da Concorrência n.º 01/2000-CEL/SAA-DF, e as primeiras notificações dirigidas ao então Secretário da SAA/DF e aos membros da Comissão de Licitação se efetivaram em maio de 2014 (Peças 85, 86, 87 e 110), portanto, mais de 10 anos após a entrada em vigor do Código Civil, estando prescrita a possibilidade de aplicação de multa aos responsáveis, segundo a então corrente majoritária do TCU.

6. Posteriormente, em manifestação datada de 8/8/2016 (Peça 208), com a superveniência do Acórdão n.º 1.441/2016 – Plenário, que uniformizou o entendimento do TCU sobre o assunto, ratificamos nosso entendimento no sentido de se reconhecer, em concreto, a prescrição da pretensão punitiva relativamente aos fatos supostamente irregulares ocorridos na Concorrência n.º 01/2000-CEL/SAADF e propusemos o arquivamento do feito, uma vez que as primeiras oitivas das empresas e dos responsáveis somente vieram a ocorrer a partir de novembro de 2013 (Peças 52, 53, 63, 85, 86 e 87).

7. Por meio do Acórdão n.º 1.657/2017 – Plenário, o Tribunal, no entanto, entendeu não ter ocorrido a prescrição de sua pretensão punitiva no caso concreto.

8. O Ministro Relator André Luís de Carvalho esposou a tese de que o termo inicial para a contagem do correspondente prazo prescricional deveria corresponder ao último dia de vigência do contrato ilicitamente celebrado em decorrência da Concorrência n.º 1/2000, como se observa no seguinte trecho do seu voto (Peça 214, p. 4):

"20. Por conseguinte, como a referida fraude à licitação estendeu os seus efeitos até mesmo sobre a execução do subsequente contrato, vez que permitiria a posterior contratação das licitantes remanescentes, em consonância, por exemplo, com o art. 24, XI, da Lei n.º 8.666, de 1993, o termo inicial para a contagem da suposta prescrição deve ser fixado em 27/9/2007, até porque, no dia seguinte, o GDF anulou o Contrato n.º 1/2000, por meio do Decreto n.º 28.310 publicado no D.O.DF de 28/9/2007, fazendo cessar, somente a partir daí, a contínua violação do direito pelo aludido conluio para a fraude à licitação.

21. Ocorre, então, que, no presente caso concreto, a violação do direito por meio de fraude à licitação se renovou, dia após dia, durante todo o tempo do contrato, cessando apenas com a aludida extinção do ajuste, de sorte que o termo inicial para a contagem do aludido prazo prescricional deve ser fixado a partir do término do subsequente contrato."

9. O Ministro Marcos Bemquerer Costa, por sua vez, apresentou voto revisor (Peça 212), acompanhando o encaminhamento do Ministro Relator, mas com fundamentos jurídicos distintos. Entendeu que *"não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva com relação às empresas ACJ – Construções e Incorporações Ltda. e Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, tampouco aos gestores do GDF, cujas oitivas foram determinadas pelo Acórdão n. 2.426/2012 – Plenário, de 05/09/2012, dado o transcurso de menos de dez anos do ato ordinatório do chamamento a este Tribunal, considerando a data da vigência do atual Código Civil, 11/01/2003"*.

10. De todo modo, o Ministro Relator André Luís de Carvalho, em voto complementar (Peça 213), passou a acolher, adicionalmente, a tese de que a referida prescrição punitiva não teria ocorrido, por força, também, do art. 2.028 do Código Civil, uma vez que as irregularidades se iniciaram em 2000 e, até 11/1/2003, não havia transcorrido mais da metade do referido prazo prescricional, assim o TCU poderia fixar o aludido termo inicial em 11/1/2003 e, por essa linha, não teria incidido a prescrição decenal, já que a ordem do TCU para o chamamento dos mencionados responsáveis aos autos teria sido promovida pelo Acórdão 2.426-Plenário, em 5/9/2012.

11. Com as devidas vênias, perfilhamos entendimento diverso, no sentido de reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal no caso sob análise.

12. Em primeiro lugar, deve ser asseverado que irregularidades cometidas na fase licitatória devem ter como marco temporal para o início da contagem do prazo de prescrição da pretensão punitiva do Tribunal o período em que foram cometidas. É certo que uma licitação fraudulenta pode levar à celebração irregular de um contrato, mas isso não desnatura o fato de as ilegalidades terem sido perpetradas no momento da licitação que deu origem ao ajuste. Não há que se falar em continuidade do ato administrativo para esse particular efeito de postergação do início do prazo prescricional.

13. Ademais, os agentes públicos e empresas que interagem na fase de licitação nem sempre são os mesmos que celebram e executam os respectivos contratos. No caso sob análise, por exemplo, foram responsabilizados membros da comissão de licitação e a empresa ACJ Construções e Incorporações S/A, os quais, em princípio, não tiveram qualquer participação nas fases posteriores de celebração e execução do contrato. Não se mostra razoável, dessa forma, condicionar o início da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal por irregularidades ocorridas na fase de licitação ao término da vigência do ajuste decorrente do certame.

14. Como bem delineado pelo Ministro Bruno Dantas, no voto condutor do Acórdão n.º 1.367/2019 – Plenário, para efeito do início da contagem do referido prazo, devem ser necessariamente diferenciadas as irregularidades ocorridas no certame licitatório daquelas verificadas na execução do contrato:

“Especificamente no que diz respeito às irregularidades ocorridas no certame licitatório, há que se reconhecer que, quando da comunicação dos responsáveis, já havia se operado a prescrição da pretensão punitiva por parte deste Tribunal. A prescrição apenas não alcançou os atos de gestão que conduziram ao dano provocado ao erário.

Isso porque a ex-prefeita foi citada em duas oportunidades nesta TCE. A primeira, em abril 2012, em razão do dano ao erário, decorrente da aquisição indevida do equipamento usado, comprovada mediante a apresentação de nota fiscal inidônea, e da não aplicação dos recursos do convênio no mercado financeiro. A segunda, em março de 2013, pelas irregularidades cometidas na condução da licitação realizada em 2002, ocasião em que também foram realizadas as audiências dos membros da comissão de licitação e as oitivas das empresas licitantes. Nesse segundo momento, já havia se operado a prescrição da pretensão punitiva, ocorrida em 11/1/2013 em relação aos fatos apurados nestes autos, conforme a regra de transição definida no art. 2.028 da Lei 10.406/2002.

Nesse contexto, considero adequada a proposta de reformar o acórdão recorrido, para excluir as penas aplicadas aos responsáveis e às empresas licitantes em razão das irregularidades praticadas Carta Convite 38/2002, a saber: multa do art. 58 da Lei 8.443/1992, inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública federal e declaração de inidoneidade das empresas licitantes.

Além disso, embora não tenha sido proposta pela Serur ou pelo Ministério Público, considero devida a redução da multa aplicada à ex-prefeita, pois, embora essa penalidade tenha sido fundamentada apenas no art. 57 da Lei 8.443/1992, observo que sua gradação também levou em consideração a fraude à licitação, irregularidade em relação à qual houve prescrição da pretensão punitiva.”

15. Feitas essas ponderações iniciais, impende examinar se realmente houve a caracterização da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal no caso concreto.

16. No TCU a pretensão punitiva se subordina ao prazo decenal geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) e o ato que ordena a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição, nos termos do art. 202, inciso I, da Lei 10.406/2002 (Código Civil). Esse é o entendimento consagrado no Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário, proferido em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

17. Ocorre que o art. 202, caput e inciso I, do Código Civil estatui que *“A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á por despacho do juiz, mesmo*

incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”.

18.No que concerne às empresas ora apelantes, embora as oitivas tenham sido originariamente determinadas pelo subitem 9.2.1 do Acórdão n.º 2.426/2012 – Plenário, proferido em 5/9/2012, sua efetiva realização apenas ocorreu em 8/11/2013 – mais de um ano após o proferimento do acórdão (Peças 52 e 53).

19.Assim, embora inexistia norma processual que fixe prazo para a realização das oitivas no âmbito do Tribunal, é inegável que houve demora excessiva para sua realização, e essa inércia administrativa não pode trazer prejuízo à segurança jurídica das empresas recorrentes. Dessa forma, entendemos que houve o transcurso por inteiro do prazo decenal prescricional desde 11/01/2003 (início da vigência do atual Código Civil) sem qualquer interrupção, tendo como consequência a perda da própria pretensão punitiva do Tribunal e a insubsistência das sanções de inidoneidade aplicadas, nos moldes delineados pelo Secretário de Recursos (Peça 342).

20.Não se pode perder de vista que a prescrição se constitui pela omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva da Administração, do seu dever-poder, o que corresponderia, no Direito Privado, ao próprio exercício do direito.

21.Ressalte-se que a prescrição tem na segurança jurídica sua própria razão de ser. Com relação a seus fundamentos, assevera San Tiago Dantas:

"Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode.

De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com que não conta". (Apud BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001).

22.Já no que toca aos gestores do Distrito Federal, observamos que o Acórdão n.º 2.426/2012 – Plenário não determinou as oitivas, mas tão-somente a apuração dos fatos e a identificação dos responsáveis pelas irregularidades. Suas respectivas oitivas só foram determinadas em 15/4/2014 (Peça 84), perfazendo desde 11/01/2003 (início da vigência do atual Código Civil) um interstício superior ao lapso decenal aludido, o que enseja a anulação das multas individuais e das punições aplicadas aos gestores do Distrito Federal, nos termos aduzidos pela Unidade Técnica (Peças 340 a 342).

23.Ante todo o exposto, e em atenção à audiência com que nos distingue o eminente Ministro Vital do Rêgo (Peça 343), esta representante do Ministério Público de Contas endossa a análise empreendida pelo Secretário de Recursos e propõe o seguinte encaminhamento:

a) não conhecer do pedido de reexame interposto por Paulo Severo Fraga Rios, por restar intempestivo e não apresentar fatos novos;

b) conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, de forma a tornar insubsistentes as penalidades de multa e inabilitação que lhes foram aplicadas, o que se estende a Paulo Severo Fraga Rios, haja vista o disposto no art. 281 do Regimento Interno do Tribunal; e

c) conhecer dos pedidos de reexame interpostos por ACJ Construções e Incorporações S/A e Mendes Junior Trading e Engenharia S/A, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, de modo a afastar as sanções de inidoneidade que lhes foram aplicadas.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos por Mendes Junior Trading e Engenharia S/A, ACJ Construções e Incorporações S/A, Paulo Severo Fraga Rios, Heberth Gualberto de Souza e Aguinaldo Lélis, respectivamente, empresas que participaram da licitação, membro e presidente da comissão especial de licitação e secretário de agricultura e abastecimento do Distrito Federal (DF), à época, contra o Acórdão 1.657/2017-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro-substituto André Luís de Carvalho.

2. Por meio da aludida decisão, o Tribunal aplicou às empresas a sanção de declaração de inidoneidade para participarem, pelo período de seis meses, de licitação no âmbito da administração pública nas três esferas da federação (subitem 9.8), e a pena de multa do art. 58, incisos II e III, aos três responsáveis, no valor de R\$ 54.000,00 (subitens 9.3, 9.4 e 9.5), bem como a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública federal pelo período de oito anos (subitem 9.7).

3. A irregularidade que ensejou a aplicação das penas mencionadas acima, em relação às empresas, foi conluio para fraude em procedimento licitatório, caracterizado pela inclusão do item “Equipamentos Hidromecânicos”, em suas propostas orçamentárias, com descrição, quantitativos e preços unitários e total idênticos, para todas as quatro empresas licitantes, apesar de tal item não ter sido sequer incluído no orçamento base do órgão licitante, no âmbito da Concorrência 1/2000-CEL/SAA-DF, lançada pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Governo do Distrito Federal (GDF), para construção de barragens na Bacia do Rio Preto/DF, financiada em boa parte com recursos federais provenientes do Convênio MI nº 257/2000 (Siafi 397789).

4. Em relação aos responsáveis pessoa física, foram atribuídos a eles as seguintes ocorrências: a) inclusão da cláusula de subcontratação no Edital, em contrariedade à Lei de Licitações e Contratos; b) ausência de questionamento ou mesmo de impugnação, por parte da comissão de licitação, sobre a exata e estranha coincidência de quantitativos e preços unitários do item “equipamentos hidromecânicos de recalque”, fato esse que poderia ser facilmente detectado pelo exame da referida comissão como clara evidência de que havia conluio entre as empresas licitantes.

5. Em seus pedidos de reexame, os recorrentes sustentaram a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, da atuação da comissão de licitação com lisura e amparada em pareceres técnico e jurídico. Que a inclusão tardia do item ‘equipamentos hidromecânicos’ na planilha orçamentária se deu em virtude do lançamento do edital de forma incompleta, informação que somente teria sido repassada à comissão pelo responsável pela elaboração do projeto básico depois de disponibilizado o edital e seus anexos aos licitantes.

6. Ao examinar os argumentos dos recorrentes, o auditor e o diretor da Secretaria de Recursos (peças 340 e 341) se posicionaram por dar provimento parcial aos três recorrentes pessoa física, por considerar ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva em relação a eles, e negar provimento aos recursos das empresas, por entenderem que, em relação a elas, não teria se materializado a prescrição.

7. O secretário da Serur (peça 342) e a Procuradora-Geral (peça 344) consideraram ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva em relação a todos os recorrentes, e propõem dar provimento aos recursos de modo a tornar insubsistente todas as penalidades aplicadas.

8. Ante o breve relato, passo ao exame dos autos.

9. Ratifico os exames de admissibilidade que concluíram pelo não conhecimento do recurso de Paulo Severo Fraga Rios, devido a sua intempestividade e por não trazer fatos novos, e pelo conhecimento dos pedidos de reexame dos demais responsáveis.

10. Quanto ao mérito, registro, desde já, que em relação aos responsáveis pessoa física, acompanho o posicionamento unísono das instâncias que me precederam, e em relação às empresas, adoto as ponderações do secretário da Serur e da Procuradora-Geral, no sentido de considerar prescrita a pretensão punitiva referente a todos os recorrentes, incorporando os fundamentos constantes em seus pareceres às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações a seguir.

11. Os atos irregulares atribuídos aos recorrentes se consumaram em 5/2/2001, data em que foi homologado o resultado da licitação, portanto na vigência do antigo Código Civil. De acordo com o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que uniformizou a jurisprudência nesta Corte relativa à prescrição da pretensão punitiva, para atos praticados anteriormente à vigência do novo Código Civil, utiliza-se a regra de transição prevista em seu art. 2.028, já citada nestes autos quando de seu julgamento originário, pelo Revisor, Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, que pela sua percuente síntese, transcrevo a seguir trecho de seu Voto:

34. Como as ocorrências remontam à vigência do Código Civil anterior, que estabelecia a prescrição vintenária, cabe aplicar as disposições da regra intertemporal acima indicada. Assim, observa-se que até 11/01/2003, data da vigência do novo Código Civil, ainda não havia transcorrido metade do prazo prescricional vintenário até então fixado, incidindo, portanto, o prazo decenal do Código Civil de 2002, contado a partir da referida data de 11/01/2003.

12. Delimitado o início da contagem do prazo tanto para os recorrentes pessoa física quanto para os pessoa jurídica, resta averiguar a ocorrência da interrupção a partir do ato que ordenou a sua oitiva, audiência ou citação.

13. A oitiva dos integrantes da comissão de licitação e do Secretário de Agricultura do Distrito Federal foram autorizadas por meio de Despacho do relator *a quo* em 15/4/2014 (peça 84), ou seja, há mais de dez anos contados a partir de 11/1/2003.

14. Portanto, consoante o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário e art. 2.028 da Lei 10.406/2002, resta claro a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte em relação a Paulo Severo Fraga Rios, Heberth Gualberto de Souza e Aguinaldo Lélis.

15. Quanto a ocorrência ou não da prescrição da pretensão punitiva relativa às empresas Mendes Junior Trading e Engenharia S/A e ACJ Construções e Incorporações S/A, transcrevo a seguir os trechos mais relevantes da análise perfilhada pelo titular da Serur, para melhor compreensão do tema:

8. Desse modo, a questão central consiste em saber se a interrupção do prazo prescricional se deu em **5/9/2012**, quando da prolação do Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário (conforme análise empreendida no âmbito da diretoria) ou em **8/11/2013**, com as efetivas oitivas das empresas. Caso entenda-se que a interrupção ocorreu naquele *decisum*, chega-se à conclusão de que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva. Por outro lado, se entendermos que a interrupção somente se efetivou quando das oitivas das empresas, realizadas por meio dos Ofícios 1055 e 1056/2013, deve-se reconhecer a prescrição. Pois bem.

9. Sabe-se que a pretensão punitiva do TCU se subordina ao prazo decenal geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil) e que o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição, nos termos do art. 202, inciso I, da Lei 10.406/2002 (Código Civil). (...)

10. Acontece que o art. 202, *caput* e inciso I, do Código Civil estatui que “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual” (grifos acrescidos).

11. Por sua vez, o art. 219 da Lei 5.869/1973, Código de Processo Civil vigente à época do referido acórdão e da realização da oitiva, estabelecia o seguinte em relação à interrupção da prescrição:

Art. 219. A **citação válida** torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e,

ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e **interrompe a prescrição**.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, **não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário**.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, **haver-se-á por não interrompida a prescrição**.

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

12. Como se vê, além de o antigo CPC fixar o prazo de 10 dias, prorrogáveis por 90 dias, para que **a parte (autora)** promovesse a citação, havia a possibilidade de prorrogação do “prazo até o máximo de 90 (noventa) dias”.

13. De modo diverso ao que ocorre no âmbito judiciário, é o próprio Tribunal de Contas que **ordena** a citação e a **promove**, além de realizar os procedimentos operacionais para materializá-la. No judiciário, a inércia do autor pode ensejar a prescrição, incidindo sobre ele as consequências. No âmbito do controle externo, este Tribunal é quem fica impossibilitado de exigir o seu direito (no caso, a cobrança da multa) em função do não agir no devido tempo.

(...)

15. Haja vista, então, que, entre a determinação contida no Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário (5/9/2012) e a efetiva oitiva das empresas (8/11/2013) transcorreu mais de um ano, penso que o **referido decisum não pode ser considerado para fins da interrupção da prescrição**. (grifos nossos)

16. Por seu turno, a Procuradora-Geral, ao acompanhar a tese acima, proferiu os seguintes argumentos:

18. No que concerne às empresas ora apelantes, embora as oitivas tenham sido originariamente determinadas pelo subitem 9.2.1 do Acórdão n.º 2.426/2012 – Plenário, proferido em 5/9/2012, sua efetiva realização apenas ocorreu em 8/11/2013 – mais de um ano após o proferimento do acórdão (Peças 52 e 53).

19. Assim, embora inexistir norma processual que fixe prazo para a realização das oitivas no âmbito do Tribunal, é inegável que houve demora excessiva para sua realização, e essa inércia administrativa não pode trazer prejuízo à segurança jurídica das empresas recorrentes. Dessa forma, entendemos que houve o transcurso por inteiro do prazo decenal prescricional desde 11/01/2003 (início da vigência do atual Código Civil) sem qualquer interrupção, tendo como consequência a perda da própria pretensão punitiva do Tribunal e a insubsistência das sanções de inidoneidade aplicadas, nos moldes delineados pelo Secretário de Recursos (Peça 342).

(...)

21. Ressalte-se que a prescrição tem na segurança jurídica sua própria razão de ser. (...)

17. Ao endossar as posições acima transcritas, acrescento que, apesar de Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenária não ter se pronunciado especificamente sobre o caso particular aqui tratado, o que representa uma lacuna, completamente compreensível por ser uma situação pouco provável de ocorrer nesta Corte, o Tribunal pode se valer da aplicação subsidiária das normas processuais vigentes, conforme estatui o art. 298 do nosso Regimento Interno.

Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.

18. Considerando o transcurso de mais de um ano entre o ato que primeiro autorizou a oitiva das empresas (Acórdão 2.426/2012-TCU-Plenário) e a sua efetiva realização em 14/11/2013, a referida decisão não pode ser considerada para fins de interrupção da prescrição.

19. O ato que deve ser considerado para fins de interrupção da prescrição da pretensão punitiva seria o despacho proferido pelo Relator *a quo* (peça 51), em 7/11/2013. Todavia, a referida decisão foi prolatada mais de dez anos a contar de 11/1/2003.

20. Por essas razões, em consonância com o titular da Serur e com a representante do MPTCU, deve ser dado provimento também aos recursos das empresas, de modo a tornar insubsistente o item 9.8 da decisão recorrida.

Ante todo o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de acórdão que ora trago à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de junho de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 1564/2020 – TCU – Plenário

1. Processo TC 036.031/2012-7.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame (Representação).
3. Recorrentes: Mendes Junior Trading e Engenharia S A (19.394.808/0017-96); ACJ Construções e Incorporações S/A (00.148.049/0001-96); Aguinaldo Lélis (066.813.011-34); Heberth Gualberto de Souza (099.277.781-04); Paulo Severo Fraga Rios (143.421.201-78).
4. Órgão: Departamento de Polícia Federal.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Marcelo Luiz de Souza (OAB/GO 29.786) e outros, representando ACJ Construções e Incorporações S/A; Yuri Freitas Carvalho Machado Cunha (OAB/DF 38.457) e outros, representando Aguinaldo Lélis e Paulo Severo Fraga Rios; Shirlene da Silva Tavares (OAB/MG 125.126) e outros, representando Mendes Junior Trading e Engenharia S/A; André Marques Cabral (OAB/DF 26.477), representando Heberth Gualberto de Souza.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de representação, que nesta etapa tratam de pedidos de reexame interpostos por Mendes Junior Trading e Engenharia S/A, ACJ Construções e Incorporações S/A, Paulo Severo Fraga Rios, Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, respectivamente, empresas que participaram da licitação, membro da comissão especial de licitação, secretário de agricultura e abastecimento do Distrito Federal (DF), à época, e presidente da comissão, contra o Acórdão 1.657/2017-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União reunidos em sessão do Plenário, ante as razões exposta pelo Relator e com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285, *caput* e §2º, e 286, parágrafo único, do RI/TCU, em:

 - 9.1. não conhecer do pedido de reexame interposto por Paulo Severo Fraga Rios, por restar intempestivo e não apresentar fatos novos;
 - 9.2. conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Aguinaldo Lélis e Heberth Gualberto de Souza, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, de forma a tornar insubsistentes as penalidades que lhes foram aplicadas por meio dos itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.7 do Acórdão recorrido, o que se estende a Paulo Severo Fraga Rios, haja vista o disposto no art. 281 do Regimento Interno do Tribunal;
 - 9.3. conhecer dos pedidos de reexame interpostos por ACJ Construções e Incorporações S/A e Mendes Junior Trading e Engenharia S/A, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, de modo a afastar as sanções que lhes foram aplicadas por meio do item 9.8 do Acórdão recorrido; e
 - 9.4. dar conhecimento desta decisão às entidades interessadas, à Procuradoria da República no Distrito Federal e aos recorrentes.
10. Ata nº 22/2020 – Plenário.
11. Data da Sessão: 17/6/2020 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1564-22/20-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral